

POSTANOWIENIE
z dnia 21 grudnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **21 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 grudnia 2010 r.** przez **Lomax Caronia i wspólnicy spółka jawna, 72-001 Kołbaskowo, Kołbaskowo 63**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 72-100 Goleniów, ul. Marii Konopnickiej 12**, którego przedmiotem jest sukcesywny zakup paliw płynnych tj. benzyny bezołowiowej i oleju napędowego dla potrzeb zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami;**
- 3. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Lomax Caronia i wspólnicy spółka jawna, 72-001 Kołbaskowo, Kołbaskowo 63, kwoty 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony przez odwołującego wpis.**

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759, ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 72-100 Goleniów, ul. Marii Konopnickiej 12, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest sukcesywny zakup paliw płynnych tj. benzyny bezołowiowej i oleju napędowego dla potrzeb zamawiającego. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę nie przekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 grudnia 2010 r. nr 397972-2010.

W dniu 13 grudnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Lomax Caronia i wspólnicy spółka jawna, 72-001 Kołbaskowo, Kołbaskowo 63, kwestionujące postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie jako warunek udziału w postępowaniu dołączenia do oferty: - paragonów fiskalnych potwierdzających ceny paliw obowiązujące w dniu 7 grudnia 2010 r. w godzinach 10.00-15.00 – pkt 1.17.c. SIWZ (*tak w odwołaniu*), - pozwolenia na użytkowanie stacji paliw ujętych w treści Załącznika nr 3 do SIWZ – pkt 1.17.e SIWZ (*tak w odwołaniu*). Odwołujący wskazywał, iż generalnie zajmuje się sprzedażą paliw dla podmiotów gospodarczych, a z jego usług sporadycznie korzystają osoby fizyczne. Skutkuje to tym, iż sprzedaż odnotowywana jest w formie wystawionych faktur. Faktury te wystawiane są po zatankowaniu lub zbiorczo na podstawie dokumentów obrazujących wydanie paliwa np. WZ. W dniu 7 grudnia 2010 r. w godzinach 10.00-15.00 Odwołujący nie dokonał żadnej transakcji sprzedaży na rzecz osoby fizycznej, co oznacza, iż nie zafiskalizował żadnej takiej transakcji. Skutkiem tego Odwołujący nie może uczestniczyć w postępowaniu, ponieważ nie jest w stanie przedłożyć do oferty wymaganego załącznika. Wskazywał ponadto, iż paragon fiskalny jest pokwitowaniem wydawanym kupującemu w wyniku zaewidencjonowania transakcji w kasie fiskalnej. W normalnych zatem warunkach sprzedający (tu: Odwołujący) nie może posiadać paragonu fiskalnego, ponieważ jest zobowiązany wydać go kupującemu. Podnosił, iż znamienne jest, iż data paragonu, jaki ma stanowić załącznik do oferty wskazana została jako poprzedzająca wywieszenie ogłoszenia o przetargu. Oznacza to, iż warunki udziału w postępowaniu może spełnić ten, kto prowadzi w dniu 7 grudnia 2010 r. w

godzinach 10.00-15.00 sprzedaż paliwa dla konsumnetów oraz poprosił któregoś z kupujących o oddanie mu paragonu fiskalnego albo ktoś, kto wiedział lub mógł wiedzieć o warunkach udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wskazanie w SIWZ obowiązku przedłożenia paragonów fiskalnych z określonego dnia skutkuje wyeliminowaniem z udziału w postępowaniu podmiotów prowadzących obsługę przedsiębiorców, którzy siłą rzeczy nie mogą wykazać się paragonem fiskalnym. Co więcej taki sposób określenia kryterium udziału w postępowaniu wskazuje zdaniem Odwołującego na znowę pomiędzy Zamawiającym a którymś z potencjalnych wykonawców. Trudno bowiem wyobrazić sobie, iż w innym przypadku którykolwiek wykonawca byłby w stanie legitymować się paragonami fiskalnymi z tak ściśle określonej daty. Powoływał wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 62/07, zgodnie z którym: „Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonania zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu nie dyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt lub usługa został wykonany, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki są wtedy nieadekwatne, gdy w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia.”

Podnosił, iż zgodnie z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca określił zamknięty katalog dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców. Katalog ten jest określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. W SIWZ Zamawiający żądał przedłożenia do oferty pozwolenia na użytkowanie stacji paliw ujętych w treści Załącznika nr 3 do SIWZ, czyli stacji, na których wykonywana będzie usługa objęta zamówieniem. Odwołujący jest jedynie dzierżawcą stacji paliw wzniesionej przez właściciela, a co za tym idzie nie jest on uczestnikiem postępowań budowlanych, w tym dotyczących udzielenia pozwolenia na użytkowanie. Odwołujący nie może zatem przedłożyć do oferty takiej decyzji. Żądanie przedłożenia wraz z ofertą decyzji pozwolenia na użytkowanie stacji paliw wykracza zdaniem Odwołującego poza zakres dokumentów, jakich Zamawiający może zgodnie z ustawą Pzp żądać od wykonawcy. Żądanie takie stanowi zatem nie tylko naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ale wręcz wyraźnego przepisu

określonego w art. 25 ustawy Pzp. Powoływał wyrok KIO z dnia 27 lutego 2008 r. KIO/UZP 111/08 KIO/UZP 116/08, zgodnie z którym: „Zgodnie z treścią art. 25 ustawy prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Odwołujący podnosił, iż z powyższego wynika, iż Zamawiający nieprawidłowo skonstruował SIWZ w sposób naruszający Prawo zamówień publicznych. Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu zmian postanowień SIWZ poprzez usunięcie skarżonych zapisów.

W dniu 14 grudnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło faxem pismo Zamawiającego z tej samej daty stanowiące odpowiedź na odwołanie, w którym Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty Odwołującego oraz wnosi o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym na zasadzie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Równocześnie Zamawiający informował, iż zgodnie z art. 185 ustawy Pzp odwołanie zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 14 grudnia 2010 r. oraz w tym samym dniu otrzymał je drugi z wykonawców, o którego zainteresowaniu zamówieniem Zamawiający posiada wiedzę. Odpowiedź na odwołanie podpisana została przez Prezesa Zarządu Zamawiającego uprawnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Oryginał ww odpowiedzi na odwołanie wpłynął do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2010 r.

Izba, po zapoznaniu się z aktami postępowania oraz informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej Zamawiającego wskazanej w SIWZ (www.pgkgoleniow.pl) ustaliła, iż Zamawiający zamieścił na stronie internetowej kopię odwołania wniesionego przez Odwołującego, bez równoczesnego wezwania do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wprawdzie nie wskazano daty zamieszczenia kopii odwołania, jednak z układu dokumentów na stronie internetowej wynika, iż oświadczenie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż uczynił to w dacie 14 grudnia 2010 r., znajduje potwierdzenie. Ponadto w dacie 14 grudnia 2010 r. Zamawiający przesłał kopię odwołania wraz z wezwaniem w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy, co do którego posiadał informację, iż jest zainteresowany postępowaniem (potwierdzenie z 14 grudnia 2010 r.). Izba stwierdza, iż ani w ustawowym terminie 3 dni liczonym od otrzymania kopii odwołania (zamieszczenia jej na stronie internetowej), tj. do 17 grudnia 2010 r., ani do dnia wydania niniejszego postanowienia, nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron. Izba podnosi, iż fakt, że Zamawiający nie zawarł na stronie internetowej wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego, zamieszczając wyłącznie kopię odwołania, stanowi nieprawidłową realizację obowiązku wynikającego z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, jednak nie wpływa na sposób liczenia terminu na

zgłoszenie ewentualnego przystąpienia. Przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie bowiem wskazuje na konieczność liczenia tego terminu od dnia otrzymania kopii odwołania.

Na stronie internetowej opublikowano także ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 16 grudnia 2010 r. (BZP nr 411700-2010), w którym dokonano zmiany pkt III.6 ogłoszenia
Inne dokumenty – wprowadzono brzmienie: „Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału określonych w art. 22 ust. 1 ustawy. Wykaz stacji paliw Wykonawcy wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Paragony fiskalne ich kopie, kserokopie lub odpisy albo faktury ich kopie, kserokopie lub odpisy dla każdego rodzaju paliwa obowiązujące w dniach 14.12.2010 r. do 19.12.2010 r.” Ponadto w tej samej dacie zamieszczono zmianę SIWZ m.in. w pkt 5.3.c odnoszącym się do oświadczeń i dokumentów załączanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, któremu nadano nowe brzmienie: „Paragony fiskalne ich kopie, kserokopie lub odpisy albo faktury ich kopie, kserokopie lub odpisy dla każdego rodzaju paliwa obowiązujące w dniach 14.12.2010 r. do 19.12.2010 r.” Skreślono pkt 5.3.e zawierający wymóg załączenia do oferty pozwolenia na użytkowanie stacji paliw ujętych w treści Załącznika nr 3 do SIWZ. Dokonano także zmian w zakresie pkt 12.3, 12.4 i 12.5 powiązanych ze zmianami określonymi powyżej.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....